


UniCEUB
ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Gestão de Presídios por
Parcerias Público-Privadas:** uma
análise das atividades passíveis de
delegação

**Prisons Management through
Public-Private Partnerships:** an
analysis of activities capable of
delegation

Fernando Borges Mânica

Rafaella Brustolin

VOLUME 7 • Nº 1 • ABR • 2017

Sumário

ATIVISMO JUDICIAL E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	14
Rodrigo Monteiro da Silva	
JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA NO CPC/2015 COMO MEIO DE RESOLUÇÃO DE ‘CONTROVÉRSIAS’ COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	29
Jefferson Carús Guedes	
A MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA COMO FERRAMENTA DE ACESSO A JUSTIÇA E DESENVOLVIMENTO NO ESPAÇO LOCAL	52
Daniela Arguilar Camargo	
LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA ATUAÇÃO INTERNACIONAL DOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS: UMA LEITURA À LUZ DA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE	65
Regina Claudia Laisner e Danilo Garnica Simini	
JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM PROL DOS ANIMAIS: UMA VISÃO DE SAÚDE ÚNICA	84
Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Clarice Gomes Marotta	
JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE, ATIVISMO JUDICIAL E O CONSEQUENTE DESEQUILÍBRIO DO ORÇAMENTO PÚBLICO	99
Juvêncio Borges Silva e João Paulo Jucatelli	
A (RE) ARTICULAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE GÊNERO NO BRASIL COM BASE NO PRINCÍPIO JURÍDICO DA SUBSIDIARIEDADE E DA DESCENTRALIZAÇÃO	117
Tamiris Alessandra Gervasoni e Marli Marlene Moraes da Costa	
DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, EDUCAÇÃO E DEMOCRACIA: O CASO “ESCOLA SEM PARTIDO”	134
Veyzon Campos Muniz	
POLÍTICAS DE ACESSO ABERTO PARA TRABALHOS CIENTÍFICOS: INTERESSE PÚBLICO E DIREITOS DE AUTOR	144
Eduardo Altomare Ariento	

FINANCIAMENTO CULTURAL NO BRASIL CONTEMPORÂNEO	172
Frederico Augusto Barbosa da Silva	
NATURALEZA Y CONSTITUCIÓN.....	193
Livio Perra	
REGULAÇÃO AMBIENTAL DA ATIVIDADE MINERÁRIA: UMA ANÁLISE ECONÔMICA DE COMPLIANCE	208
Lorena Machado Rogedo Bastianetto e Magno Federici Gomes	
O NEODESENVOLVIMENTISMO E A QUESTÃO AMBIENTAL: O PAPEL DA HIDROELETRICIDADE NO SISTEMA ENERGÉTICO BRASILEIRO.....	221
Andreza Aparecida Franco Câmara	
O COMPARTILHAMENTO DE DADOS E INFORMAÇÕES PESSOAIS DE CONSUMIDORES: O ABUSO DOS FORNECEDORES E AS PROPOSTAS APRESENTADAS NO PLS 181/2014.....	247
Héctor Valverde Santana e Rafael Souza Viana	
UTILIZAÇÃO DA COMPUTAÇÃO EM NUVEM NO PODER LEGISLATIVO: PERCEPÇÕES DOS GESTORES E ENTRAVES AO USO.....	265
Igor Vinicius de Lucena Diniz, Lucas dos Santos Costa e Marcos Fernando M. Medeiros	
O PROCESSO PENAL E A ENGENHARIA DE CONTROLE DA POLÍTICA CRIMINAL	287
Antonio Henrique Graciano Suxberger e José Wilson Ferreira Lima	
GESTÃO DE PRESÍDIOS POR PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: UMA ANÁLISE DAS ATIVIDADES PASSÍVEIS DE DELEGAÇÃO	305
Fernando Borges Mânica e Rafaella Brustolin	

Gestão de Presídios por Parcerias Público-Privadas: uma análise das atividades passíveis de delegação*

Prisons Management through Public-Private Partnerships: an analysis of activities capable of delegation

Fernando Borges Mânica**

Rafaella Brustolin***

RESUMO

Neste artigo são analisados os modelos de parcerias público-privadas – PPPs trazidos pela Lei nº 11.079/04, especificamente no que tange a sua adequação à Constituição Federal e aos requisitos previstos pela Lei de Execuções Penais – Lei nº 7.210/84. Pelo método hipotético-dedutivo, é aferida a viabilidade jurídica de transferência para a iniciativa privada de cada uma das atividades envolvidas na gestão de uma unidade prisional. Após análise do contexto histórico-normativo da Lei das PPPs e das exigências trazidas pela Lei de Execuções Penais, conclui-se que, à exceção de algumas atividades típicas de Estado descritas no texto, as demais tarefas envolvidas na execução penal podem ser objeto de delegação por meio de concessão administrativa.

Palavras-Chave: Parcerias Público-Privadas. Execução Penal. Delegação.

ABSTRACT

This article analyzes the public-private partnerships (PPPs) introduced by Law 11.079/04, in particular with regard to their adequacy to the Law on Criminal Executions - Law nº 7.210/84. By the hypothetical-deductive method, the legal feasibility of transferring to the private initiative of each of the activities involved in the management of a prison unit is assessed. After analyzing the historical-normative context of the PPPs Law and the demands brought by the Law of Penal Executions, it is concluded that, with the exception of some typical State activities described in the text, the other tasks involved in criminal execution may be delegated through administrative concession.

Key Words: Public-Private Partnerships. Criminal Execution. Delegation.

* Recebido em 10/03/2017
Aprovado em 10/04/2017

** Doutor em Direito do Estado pela USP, Mestre e Graduado pela UFPR, Pós-Graduado em Terceiro Setor pela FGV-SP, Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Positivo-PR, coordenador da Pós-Graduação em Direito da Universidade Positivo-PR. Procurador do Estado do Paraná. Coordenador Científico da ADVCOM Consultores.

*** Bacharel em Direito pela Universidade Positivo – PR. Foi pesquisadora no Programa de Iniciação Científica (PIC) no ciclo 2016.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva discutir a viabilidade jurídica da contratação de parcerias público-privadas – PPPs, previstas pela Lei n. 11.079/04, para gestão de unidades prisionais no Brasil. Para tanto, parte-se da hipótese de que as PPPs podem constituir uma alternativa válida, constitucionalmente, para a construção e gestão de estabelecimentos prisionais, em atenção às exigências trazidas pela Lei de Execuções Penais – Lei n. 7.210/84. Nesse mote, pelo método hipotético-dedutivo, é aferida a viabilidade jurídica de transferência para a iniciativa privada de cada uma das atividades envolvidas na gestão de uma unidade prisional.

O tema é importante, especialmente, em razão dos inúmeros problemas que o sistema penitenciário vem enfrentando, como se percebe da condição precária em termos materiais e estruturais de penitenciárias por todo o país.

O estudo inicia pela análise da Lei das PPPs, com ênfase em sua origem, vocação, modalidades contratuais e hipóteses de uso em tarefas estatais não passíveis de exploração lucrativa. Em seguida, a investigação volta-se para a disciplina jurídica da execução penal, nos termos da Lei nº 7.210/84, em especial no tratamento dado à estrutura necessária para que o cumprimento das penas ocorra de acordo com a Constituição Federal. Na sequência, conciliam-se os dois capítulos anteriores, voltando-se o foco para a constitucionalidade das parcerias público-privadas, com análise detida das atividades que, dentro de um complexo prisional, podem ser delegadas à iniciativa privada. Ao final, apresentam-se as conclusões.

2. NOÇÕES GERAIS DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

A crise econômica dos países da Europa ocidental, que se iniciou na década de 1970 e se alastrou pelo mundo nos anos seguintes, deixou à mostra os limites materiais do até então modelo de Estado-providência, revelando a necessidade premente de se conterem os gastos públicos.¹

Maria Sylvia Zanella Di Pietro resume a realidade enfrentada, atualmente, aduzindo que o governante de todos os níveis se depara com duas questões das mais intrincadas. Uma, a de que a situação é de crise, especialmente financeira, o que leva à constatação de que “a Constituição Federal atribuiu competências ao poder público que ele não tem condições de cumprir a contento”. Outra, a de que há uma procura desesperada por soluções: “busca de institutos novos, de medidas inovadoras, que permitam ao Estado lograr maior eficiência na prestação dos serviços que lhe estão afetos”.²

Ademais, curial ressaltar que a Constituição Federal de 1988 impôs nítidos limites à atuação direta do Estado na economia. É nesse sentido que o artigo 173, *caput*, estabelece que “a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”. O artigo 174, por sua vez, atribui ao Estado a função de “agente normativo e regulador da atividade econômica”, cumprindo-lhe as tarefas de “fiscalização, incentivo e planejamento”.

Segundo Augusto Neves Dal Pozzo e Pedro Jatene, fundamental à concretização dos direitos sociais insculpidos como valores fundamentais do Estado Democrático de Direito seria o desenvolvimento de infraestrutura pública, posto que conferiria ao cidadão a adequada prestação de serviços públicos. Desse modo, como o aparato estatal não tinha condições de desenvolvimento estrutural vigoroso, a ele era imprescindível a colaboração do setor privado,³ sem lhe tirar a titularidade da função, mas permitindo a realização de uma

1 TEIXEIRA, Marco Antônio de Rezende. Parcerias público-privadas: aspectos histórico-teóricos e experiências práticas. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte* — RPGMBH, Belo Horizonte, n. 1, 2008. p. 250-251.

2 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 28-29.

3 Nesse sentido, como bem destacam José Osório do Nascimento Neto e Luciano Elias Reis “Administração Pública, a fim de alcançar a finalidade pública colimada, não dispõe de autossuficiência. Não consegue, individualmente, efetuar todos os atos

série de atividades em regime de colaboração.⁴

A Constituição de 1988, portanto, redireciona o poder público para o cumprimento de um novo papel: o Estado deixa de ser o executor e passa a planejar e fiscalizar. Essa redefinição estatal tornou-se, ainda, mais evidente a partir da Emenda Constitucional no 19/98, que introduziu na Carta Magna o princípio inafastável da eficiência.

Não apenas a busca e o cumprimento dos meios legais e aptos ao êxito são apontados como necessários ao bom desempenho das funções administrativas mas também o resultado almejado. Com o advento do princípio da eficiência, é correto dizer que a Administração Pública deixou de se legitimar, apenas, pelos meios empregados e passou — após a Emenda Constitucional n. 19/98 — a legitimar-se também em razão dos resultados obtidos.

Nesse contexto, e ainda em consonância com as diretrizes da Reforma Gerencial,⁵ no ano de 2004 elaborou-se a Lei nº 11.079,⁶ de 30 de dezembro de 2004, a qual trouxe ao direito brasileiro novo modelo de contrato de concessão pública, denominado parceria público-privada. Essa lei regulamentou a possibilidade de realização de determinados arranjos que não eram possíveis anteriormente. Sua legislação específica tem como objetivo a transferência a prestação exclusiva de serviços geralmente onerosos das mãos do Estado, no entanto, diversamente do proposto pelas concessões comuns,⁷ em arranjo contratual em que cabe ao parceiro público a remuneração parcial ou integral do particular contratado.

A definição legal do instituto da parceria público-privada consta no art. 2º da Lei Federal nº 11.079/04, o qual conceitua, também, suas modalidades e algumas vedações à seu objeto. Nas palavras de Marçal Justen Filho,

Parceria Público-Privada é um contrato organizacional, de longo prazo de duração, por meio do qual se atribui a um sujeito privado o dever de executar obra pública e (ou) prestar serviço público, com ou sem direito à remuneração, por meio da exploração da infra-estrutura, mas mediante uma garantia especial e reforçada prestada pelo Poder Público, utilizável para a obtenção de recursos no mercado financeiro.⁸

Assim, definem-se as parcerias público-privadas como contratos que estabelecem vínculo obrigacional entre a Administração Pública e a iniciativa privada com o objetivo da implementação ou gestão, total ou

necessários para a consecução e efetivação dos interesses públicos primários. Por isso, resta indispensável que a Administração Pública firme ajustes com terceiros, para buscar junto a eles a contribuição necessária para o alcance de seus desideratos”. NASCIMENTO NETO, José Osório do; REIS, Luciano Elias. O princípio da diferença da teoria da justiça de Rawls face às transferências voluntárias e à gestão associada de serviços públicos pela administração pública: análise indispensável para a distribuição justa de recursos públicos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 1, n. 1, p. 25, 2011.

4 DAL POZZO, Augusto Neves; JATENE, Pedro. Os Principais Atrativos das Parcerias Público-Privadas para o Desenvolvimento de Infraestrutura Pública e a Necessidade de Planejamento Adequado para sua Implementação. In: JUSTEN FILHO, Marçal; WALLBACH SCHWIND, Rafael. (Coord.). *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.52.

5 Note-se que o Artigo 4º da Lei nº 11.079/2004 faz questão de legitimar a parceria público-privada instituindo como diretriz para sua celebração a busca pela “eficiência no cumprimento das missões do Estado”, traço claro dos objetivos da Reforma Gerencial.

6 Importante salientar que já existiam, no direito brasileiro, em legislação infraconstitucional, dispositivos acerca da celebração de parcerias entre o público e o privado. Os Estados de Minas Gerais, com a Lei nº. 14.868/03, de Santa Catarina, com a Lei nº. 12.930/04, e de São Paulo, com a Lei nº. 11.688/04 são exemplos de estados que possuem lei estadual com regras específicas sobre o tema. No entanto, com o advento da lei federal específica, as normas que regulam as parcerias público-privadas integram um plexo normativo amplo, sem derrogar regras específicas, e, por isso, não podem ser analisadas de forma isolada. ROSENBERG, Luís Paulo. O enfoque multidisciplinar das Parcerias Público-Privadas. In: TALAMINI, Eduardo; SPEZIA JUSTEN, Monica (Coord.). *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.13.

7 As concessões comuns foram, legalmente, regulamentadas pela Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que tratou das possibilidades de concessões e permissões dos serviços públicos para a iniciativa privada, mantendo ao Estado a titularidade dos serviços. O modelo trazido pela Lei pressupõe contratos administrativos entre o público e o privado, mais especificamente contratos de concessão em sentido amplo, em que a contraprestação é obtida pelo concessionário contratado (ente privado) sempre e unicamente por pagamento pelos usuários do serviço, por meio de cobrança de tarifas. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.336.

8 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 549.

parcial, de obras, serviços ou atividades de interesse público, sob contrato administrativo de concessão, de modalidade patrocinada ou administrativa, em que o parceiro privado assume a responsabilidade pelo financiamento, investimento e exploração do serviço, atentando-se, além dos princípios administrativos gerais, aos princípios específicos desse tipo de parceria, dispostos em sua Lei federal.

Desse modo, observando-se os padrões da legislação brasileira, nota-se que a PPP dispõe de uma arquitetura jurídica que permite ao particular ser mais que simples executor de tarefas determinadas pela administração, eis que a ele é outorgada a responsabilidade de produzir infraestrutura para, posteriormente, utilizá-la para a venda de serviços ao parceiro público, durante um prazo determinado. Há que se destacar algumas características basilares da PPP; o investimento privado é amortizado pela exploração econômica do empreendimento (ou pela contraprestação pecuniária do ente público); o pagamento ao particular só ocorre após a efetiva disponibilização do serviço; a remuneração do contratado é uma contrapartida pela utilidade-fim (e não uma remuneração individualizada por tarefa); a PPP visa obter a máxima eficiência na aplicação dos recursos públicos e, para tanto, “o contratado assume obrigações de resultado e não apenas de meio, e tem flexibilidade na forma de execução”.⁹ Ademais, a lei que disciplina as PPPs veda a celebração de parceria para contratos cujo valor seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), cujo período de vigência seja inferior a cinco anos, e quando o único objeto for o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Portanto, o estudo das PPPs apresenta, assim, não só uma dimensão jurídica, que se evidencia na evolução construtiva dos instrumentos de parceria entre o setor público e privado, mas também uma dimensão econômica, retratada na sua vocação a configurar um certo modo de financiamento de infraestrutura pública, e outra política, por significar a PPP uma técnica afetada à política desenvolvimentista.¹⁰

3. MODALIDADES DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

A lei federal nº 11.079/04 instituiu duas modalidades de contratação por meio de PPPs. A diferenciação entre ambas reside, essencialmente, à forma de remuneração do parceiro privado e ao objeto adotado em cada uma delas.

Quanto à remuneração, tem-se que a modalidade patrocinada se caracteriza pelo fato de a remuneração do ente privado advir do pagamento de tarifa pelo usuário e, adicionalmente, de contraprestação do ente público.

Luciano Ferraz aduz que “as concessões patrocinadas são típicos contratos de concessão de serviços públicos de que trata a Lei n. 8.987/95”, vislumbrando-se uma relação tripartite, com a presença do poder concedente (administração pública), concessionário (ente privado) e usuário. Destaca o autor que, em termos de remuneração, o parceiro privado faz jus, além da tarifa cobrada diretamente dos usuários, a uma contraprestação pecuniária a ser paga pelo parceiro público.¹¹

Ainda no que tange ao sistema de remuneração, em complemento, Di Pietro leciona que, enquanto na concessão tradicional a contraprestação do poder público é excepcional, na concessão patrocinada ela é obrigatória. Segundo a autora:

9 TEIXEIRA, Marco Antônio de Rezende. Parcerias público-privadas: aspectos histórico-teóricos e experiências práticas. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte* — RPGMBH, Belo Horizonte, n. 1, p. 250-251, 2008.

10 Dá-se o nome de desenvolvimentismo a qualquer tipo de política econômica baseada na meta de crescimento da produção industrial e da infraestrutura, com participação ativa do estado, como base da economia e o consequente aumento do consumo. OLIVEIRA, Fernão Justen de. *Parceria Público-Privada: Aspectos de Direito Público Econômico* (Lei n. 11.079/2004). Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 33-37.

11 FERRAZ, Luciano. Parcerias público-privadas: sistemática legal e dinâmica de efetivação. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte* — RPGMBH, Belo Horizonte, n. 1, p. 211-217, 2008. p. 212.

[...] contrato administrativo pelo qual a Administração Pública (ou o parceiro público) delega a outrem (o concessionário ou parceiro privado) a execução de um serviço público, precedida ou não de obra pública, para que o execute, em seu próprio nome, mediante tarifa paga pelo usuário, acrescida de contraprestação pecuniária paga pelo parceiro público ao parceiro privado.¹²

Desse modo, pode-se conceituar a PPP na modalidade patrocinada como o contrato de concessão especial, por meio do qual o parceiro privado presta um serviço público à sociedade, cabendo-lhe a responsabilidade pelos investimentos em infraestrutura, sendo sua remuneração oriunda do pagamento de tarifa pelos usuários e de contraprestação pelo parceiro público.

Já na concessão administrativa, o usuário direto ou indireto dos serviços ofertados pelo ente privado é a própria administração pública, cabendo a ela, com exclusividade, pagar a remuneração ao parceiro privado.

Tem-se, portanto, que a modalidade administrativa é encampada pelos contratos de prestação de serviços, tendo, de um lado, como ofertante, o parceiro privado, e, de outro lado, como consumidor do serviço, a administração pública (de forma direta ou indireta). Nesse sentido, segundo Ferraz:

As concessões administrativas são contratos de prestação de serviços de que a Administração é a usuária direta ou indireta (a relação é bilateral: contratado + Administração), ainda que envolva a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. Em verdade, este tipo de contrato é uma prestação de serviços em prol da Administração Pública com longo prazo, escapando da limitação temporal de cinco anos (excepcionalmente seis anos) prevista na Lei n. 8.666/93.¹³

Quanto ao objeto da contratação, as concessões comuns e patrocinadas podem ter como objeto serviços públicos e serviços públicos precedidos da execução de obra pública.¹⁴

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos Administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes, sob regime de Direito Público — portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais — instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Já as concessões administrativas poderão ter como seu objeto a prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Trata-se, portanto, de definição ampla, que pressupõe a prestação de serviços prestados direta ou indiretamente à Administração. Quando prestados diretamente, serão serviços gerais tomados pela Administração (à semelhança do que se passa com a prestação de serviços regulada pela Lei nº 8.666/93). Quando prestados indiretamente, à Administração estarão endereçados, diretamente, aos administrados, figurando, daí, a Administração como usuária indireta. Nessa hipótese, o objeto da concessão administrativa poderá envolver a prestação de serviços públicos econômicos (passíveis da aplicação do sistema tarifário) ou de outros serviços não tarifáveis (técnica ou juridicamente) prestados aos usuários, mas tomados (remunerados) pela Administração.

Esses serviços podem ser classificados em serviços administrativos, sendo estes aqueles prestados diretamente à Administração e serviços públicos tarifáveis ou econômicos, sendo estes aqueles tomados,

12 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 28-29.

13 FERRAZ, Luciano. Parcerias público-privadas: sistemática legal e dinâmica de efetivação. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte* — RPGMBH, Belo Horizonte, n. 1, p. 211-217, 2008. p. 212-213.

14 De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos Administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes, sob regime de Direito Público — portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais — instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 620.

indiretamente, pela Administração.¹⁵

As concessões administrativas de serviços administrativos podem envolver serviços de uso restrito pela Administração ou outros de que se utiliza diretamente a coletividade. A concessão para manutenção de estabelecimento prisional, principal foco deste estudo, figura como um exemplo desse modelo, no qual, tais serviços não podem ser considerados fruíveis pelos administrados. Os presidiários, *in casu*, encontram-se em condição de custodiados do Estado, e a atividade prestada é feita diretamente à Administração.

Já os serviços públicos tarifáveis ou econômicos figuram em condição técnica plena para figurarem-se conforme a concessão comum de serviços públicos ou a concessão patrocinada, mas, por uma decisão política do Estado, opta-se pela desoneração dos usuários do serviço, com o financiamento inteiramente custeado pela Administração. Essa figura na relação como usuária indireta.

Por fim, há a possibilidade da concessão administrativa para a delegação da gestão de serviços sociais e serviços públicos não econômicos, instaurando relação triangular, em que a Administração é usuária indireta dos serviços prestados e a população usuária direta. Esses serviços não são considerados unicamente públicos, mas também sociais, havendo, segundo a Constituição, a necessidade de sua gratuidade, como é o caso da saúde e educação. Ademais, além destas, é possível adotar como objeto a concessão do uso do bem público e a concessão de obra pública.¹⁶

Portanto, a criação dessa nova fórmula contratual — a concessão administrativa — viabilizou um arranjo para a obtenção de serviços para o Estado antes impossível: aquele em que o particular investe, financeiramente, na criação de infraestrutura pública necessária à existência do serviço e ajuda a concebê-la.¹⁷

4. NOÇÕES GERAIS DE EXECUÇÃO PENAL E REQUISITOS BÁSICOS DOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS

No Estado Democrático de Direito, o aparato estatal detém, em seu monopólio, o direito de punir, também chamado de *ius puniendi*. Esse direito confere ao Estado poderes para, após a identificação das condutas tidas como ilícitas e reprováveis pela sociedade, aplicar a pena e reprimir todos aqueles que não respeitarem à legislação pátria. Segundo as lições de Antônio José Miguel Feu Rosa, o direito de punir é: “a reação social contra aquele que fez o que não devia fazer, ou não fez o que devia fazer, afrontando, por conseguinte, disposição legal. Tem, portanto, como pressupostos, uma disposição supra individual e sua violação.”¹⁸

À vista disso, entende-se a execução penal como a legitimação do direito de punir por meio da aplicação de uma pena. Esta é a consequência da prática de uma conduta tida como típica, a qual gera a obrigação de sujeição à pena nos termos e limites estabelecidos pela sentença condenatória proferida em juízo. Dessa maneira, instaura-se relação jurídico-administrativa entre aquele que praticou tal conduta e aquele que é legitimado a puni-la, sendo este o Poder Estatal.¹⁹ O liame jurídico entre o condenado e a Administração Pública, sendo esta representada pela autoridade penitenciária responsável pelo estabelecimento onde se

15 GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *PPP: Parceria Público-Privada*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 170.

16 A concessão de uso de bem público se dá por contrato administrativo pelo qual o poder Público atribui a utilização exclusiva de um bem de seu domínio a particular, para que o explore segundo sua destinação específica. A concessão pode ser remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, mas deverá ser sempre precedida de autorização legal e, normalmente, de concorrência para o contrato. A concessão de obra pública, por sua vez, vislumbra acerca de um contrato administrativo pelo qual o poder público transfere a outrem a execução de uma obra pública, para que a execute por sua conta e risco, mediante remuneração paga pelos beneficiários de obra ou obtida em decorrência da exploração dos serviços ou utilidades que a obra proporciona. GASPARINI. Diógenes. *Direito administrativo*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 860-861.

17 SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 29.

18 ROSA, Antônio José Miguel Feu. *Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 4.

19 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Forense, 2014. p. 243.

cumprimento da pena, é o que se conhece por relação jurídico-penitenciária, a qual tem seu início com a entrada no estabelecimento penal e extinção com a sua saída.

Entretanto, apenas com o advento da Lei de Execução Penal, em 11 de julho de 1984, o estudo do chamado direito penitenciário consolidou-se no Brasil. A lei de execução penal brasileira tem como sua principal base, presente em sua Exposição de Motivos, a busca pela efetivação da execução penal por meio da preservação dos bens jurídicos e da reincorporação do homem que praticou um delito à comunidade, promovendo-se valores de reintegração, reeducação e ressocialização do apenado à sociedade após o cumprimento de sua pena.

Desse modo, a tendência moderna é de que a execução da pena deve estar programada de modo a corresponder à ideia de humanizar, além de punir. Deve afastar-se a pretensão de reduzir o cumprimento da pena a um processo de transformação científica do criminoso em não criminoso. Por isso, diz Miguel Reale Junior, não deve deixar-se de visar à educação do condenado, criando-se condições por meio das quais possa, em liberdade, resolver os próprios conflitos da vida social, sem recorrer ao caminho do delito.²⁰

Para isso, conforme disciplinado na Lei 7.210/84, os estabelecimentos penais devem cumprir normas e requisitos específicos para a efetivação do objetivo da lei de execuções penais, de modo que se preze pela garantia de seu objetivo ressocializador.

A começar pela estrutura material do presídio, a qual não pode chocar-se com a base ético-pedagógica do sistema penitenciário, e da arquitetura, que deve ser funcional para evitar-se o desperdício do tempo, impedirem-se problemas carcerários, tais como fugas, rebeliões, prática de crimes dentro do estabelecimento, entre outros, e possibilitar-se o adequado desenvolvimento da execução penal. De acordo com Alvinos Augusto de Sá:

[...] há que se repensar profundamente a questão carcerária, e a começar da própria edificação, do próprio arranjo arquitetônico do presídio. Tal arranjo pode estar a serviço, seja de uma piora gradativa da qualidade de adaptação da conduta do preso, rumo à reincidência, seja de uma melhora gradativa, rumo à ressocialização e readaptação social.²¹

Assim, observa-se a extrema importância da construção de estabelecimentos prisionais que, a partir de seu projeto arquitetônico e funcional, contém com a utilização dos materiais adequados à construção do edifício e com o implemento de aparatos tecnológicos que possam contribuir com a execução penal, se prezando a garantir o correto cumprimento da pena, de acordo com o que prevê a lei federal que a disciplina.

Outro requisito de necessária observação diz respeito às modalidades de estabelecimentos prisionais, as quais não podem ser confundidas. Segundo o entendimento moderno,²² o que diferencia os estabelecimentos penais e os caracteriza são as condições gerais que configuram e consubstanciam os diversos regimes de execução das sanções. Segundo artigo 82 da referida Lei, os estabelecimentos penais destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e também ao egresso.

As chamadas penitenciárias destinam-se aos reclusos condenados a cumprir penas em regime fechado, segundo o disposto no artigo 83. Já as cadeias públicas devem ser destinadas ao recolhimento dos presos provisórios, à espera da sentença condenatória. Esses dois modelos são o principal foco deste estudo, sobre os quais se propõe a implementação de parcerias público-privadas para seu gerenciamento.²³

20 REALE JUNIOR, Miguel. *Novos Rumos do Sistema Criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 77.

21 SÁ, Alvinos Augusto de. Arquitetura carcerária e tratamento penal. *Revista dos Tribunais*, v. 651, p.247-257, jan. 1990.

22 Os estabelecimentos penais obsoletos não eram diferenciados de acordo com estas características, pois se destinavam apenas à reclusão dos indivíduos em espera de sua sentença condenatória. GIAMBERARDINO, André; PAVARINI, Massimo. *Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 181.

23 Em nosso ordenamento jurídico, inexistem profundos estudos acerca da utilização de modelos como as Parcerias Público-Privadas para os outros modelos de cumprimento de pena. Visto à necessidade imediata de profundas mudanças nos estabelecimentos referentes aos regimes aberto e provisório, propõe-se a utilização desse modelo, sumariamente, nesses casos.

No entanto, curial salientar que embora os presos pertencentes a categorias diversas devam ser alojados em diferentes estabelecimentos, de acordo com o sexo, situação processual e regime penitenciário, dispõe a lei, em seu artigo 86, que “o mesmo conjunto arquitetônico poderá abrigar estabelecimentos de destinação diversa desde que devidamente isolados”. Desse modo entende-se que o modelo de estrutura a ser estudado pode se aplicar em todos os casos, devido à dificuldade material de construção de centros penitenciários distintos em sítios diversos.

Portanto, seja qual for o modelo de estabelecimento, sua arquitetura deve ter preocupações mais amplas, partindo-se do pressuposto de que as horas do preso deverão ser repartidas em descanso, trabalho, educação, atividades recreativas, religiosas ou esportivas, independente do tipo de estabelecimento em que este se encontra. Disto decorre a exigência de que o estabelecimento prisional contenha locais adequados para o desenvolvimento de todas estas tarefas, para que, possa-se realizar o cumprimento de pena de todos os cidadãos de acordo com a legalidade e o respeito aos seus direitos. Além disso, são desaconselháveis as prisões de grandes dimensões, não convindo excederem a capacidade de 350 condenados, limite máximo geralmente indicado pelos estudos penitenciários.

Por esse motivo, o legislador não se preocupou em estabelecer critérios taxativos a cada um dos modelos de estabelecimentos prisionais. O que deve ser observado, independentemente do modelo, são as regras mínimas trazidas pela Lei de Execução, segundo determinações internacionais de reclusão.

Outro requisito de extrema importância diz respeito às condições da cela dos apenados. A Lei de Execução adota, sem exceções, a regra da cela individual, com requisitos básicos de salubridade e área mínima. Por esse motivo, determina-se que, na penitenciária,²⁴ a cela individual deve conter dormitório, aparelho sanitário e lavatório, tendo como requisitos básicos: (a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana e (b) área mínima de seis metros quadrados. Essas regras básicas deveriam estar presentes em todas as penitenciárias para garantir condições mínimas e preservar os direitos fundamentais do preso. Dessa maneira, obedece-se, também, ao disposto nos itens 9 a 14 das regras mínimas da ONU para o Tratamento de Reclusos, adotadas em 31 de agosto de 1955 pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento de Delinquentes.²⁵

Além destes, no que tange às áreas comuns, os estabelecimentos devem, de acordo com seus requisitos mínimos à promoção da Execução Penal e conforme suas respectivas naturezas, conter, em suas dependências, áreas e serviços relacionados à assistência promovida pela Administração, bem como à educação, trabalho, recreação e prática esportiva. Além destes, devem conter espaço reservado ao estágio de estudantes universitários.²⁶

Nesse sentido, especial atenção merecem as atividades assistenciais que devem ser prestadas pela administração de um estabelecimento prisional. No eixo assistencial, estão atividades materiais, relativas à saúde, jurídicas, educacionais, sociais e religiosas, todas contempladas nos Artigos 10 a 27 da Lei nº 7.210/84, e indispensáveis à execução penal.

Outro requisito diz respeito à localização das penitenciárias. Por razões de segurança, determina-se que a penitenciária de penais diz respeito aos órgãos responsáveis por sua fiscalização. Os homens seja construída em local afastado de centros urbanos. Entretanto, a localização do estabelecimento não deve restringir a

24 A lei não traz esse requisito para as cadeias públicas, no entanto, as Regras Mínimas de Tratamento de Reclusos da ONU dispõe que as celas ou quartos destinados ao isolamento noturno não deverão ser ocupadas por mais de um preso.

25 UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Regras mínimas para o tratamento de reclusos* – 1955. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/regras-minimas-para-o-tratamento-dos-reclusos.html>>. Acesso em 30 ago. 2016.

26 MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 12. ed. ver. ampl. atual de acordo com a Lei 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 127.

possibilidade de visitação aos presos, o que é fundamental no processo de sua reinserção social. O cumprimento de pena no local de residência do condenado é mera faculdade, não um direito líquido do condenado, não se retirando do juiz competente o poder de decidir sobre a conveniência e oportunidade do cumprimento da pena em qualquer estabelecimento penal.

Por fim, outra exigência ao funcionamento dos estabelecimentos penais deverão, segundo a Lei, ser organizados e regulados por meio dos chamados órgãos de execução penal. Esses órgãos incluem o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, o Juízo da Execução, o Ministério Público, o Conselho Penitenciário, os Departamentos Penitenciários, o Patronato e o Conselho da Comunidade. Tais órgãos resguardam valioso contingente de informações, de análises, de deliberações e de estímulo intelectual e material às atividades de prevenção à criminalidade e ao escopo ressocializador da Lei de Execuções Penais.

5. ATIVIDADES QUE COMPÕEM A EXECUÇÃO PENAL PASSÍVEIS DE DELEGAÇÃO À PARTICULARES

As parcerias público-privadas com objeto prisional tratam-se de concessões administrativas de serviços administrativos prestados diretamente à Administração e sua análise merece especial atenção. Isto porque, devido às funções típicas estatais a que se relaciona, o modelo exige cuidados quanto à delimitação de suas possibilidades de delegação.

De acordo com a Lei 11.079/04, ao que preconiza o cânone do seu inciso III do Artigo 4º, a atividade jurisdicional, de poder de polícia, sendo este, em seu sentido amplo, e de regulação, além das demais atividades típicas do Estado encontram-se indelegáveis como atribuições típicas do estado, e, portanto, não podem ser objeto de concessões em parcerias público-privadas. No entanto, caracterizam a atividade de execução de pena, que se revela de natureza complexa, um conjunto de atividades de natureza distinta: a função jurisdicional, a função administrativo-jurisdicional e a função administrativa.²⁷

A atividade jurisdicional compreende funções precípua do Poder Judiciário, como a elaboração de sentenças judiciais (condenatórias, constitutivas ou declaratórias) e, conjuntamente a estas, o controle de sua aplicação prática, que é, por óbvio, indelegável aos particulares.

Já as atividades que envolvem função administrativo-jurisdicional são as relacionadas à concretização da função jurisdicional, tais como as atribuições de caráter disciplinar. São competências desempenhadas pelos órgãos fiscalizadores citados alhures, por exemplo, e, evidentemente, não podem ser objeto de trespasse. Nessa categoria incluem-se a atividade regulatória e o exercício do poder de polícia, expressamente vedados à delegação pelo artigo 4º, inciso III, da Lei das PPPs.

As atividades que englobam a noção de polícia administrativa encontram-se vocacionadas à disciplina e manutenção da ordem pública e gozam da prerrogativa do Estado em utilizar a força como maneira de coerção aos particulares. Esta é uma manifestação imperativa em decorrência do poder político legitimado, denominada como polícia administrativa. Ora, adjacente ao conceito de poder de polícia trazido como exteriorização do poder republicano estatal, há o conceito de polícia judicial, o qual engloba as atividades instrumentais à prevenção de ilícitos penais e à repressão criminal, estas são intransferíveis aos privados pela evidência de que é o Estado o único legitimado à escolha política acerca dos interesses sociais subjacentes à manifestação coativa do Poder Público.²⁸

27 GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *PPP: Parceria Público-Privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 258.

28 GUIMARÃES, Fernando Vernalha. As parcerias público-privadas e a transferência de atividades de suporte ao poder de polícia - em especial a questão dos contratos de gestão privada de serviços em estabelecimentos prisionais. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.389-390.

Já a atividade de regulação diz respeito ao exercício estatal de fiscalização, mormente assistido em casos de descentralização de funções administrativas por meio da delegação de atividades e serviços a pessoas jurídicas de direito privado, por meio das Agências Reguladoras. Estas são dotadas de independência decisória e devem, necessariamente, estar sob disciplina de direito público, sem a possibilidade de delegação de sua função.

Em relação à expressão “demais atividades típicas do Estado”, não restam incontestes quais as atividades indelegáveis de acordo com o que delimita o texto legal e sua desinente aplicação concreta. Ao que parece, a despeito da ausência taxativa do Artigo 4º, inciso III da Lei 11.079/04, cabe ao contrato de parceria público-privada delimitar quais são as competências delegadas e, dentre as vedações trazidas pelo artigo, se seriam passíveis de tal delegação.

No entanto, apesar da reconhecida indelegabilidade de competências sobre as quais implicam o poder decisório e coercitivo do Estado, são notórias algumas hipóteses que possibilitam aos particulares o desempenho de atividades materiais e instrumentais, ou seja, aquelas não dotadas de manifestação dos poderes exclusivos do Estado. Essas atividades, classificadas como preparatórias ou sucessivas, são, também, conhecidas como “serviços instrumentais” à expressão jurídica do poder de polícia e, portanto, as atividades meramente administrativas que compõem a complexa atividade de execução da pena.

Desse modo, os serviços meramente instrumentais e muitas vezes de conteúdo técnico, que não exprimem funções dotadas da imperatividade e tampouco poder de decisão do Estado, bem como serviços de mera estruturação e verificação, encartadas no exercício de atividade de polícia, mediante, basicamente, o credenciamento alinhavado, são passíveis de transferência, enquanto as atividades de emissão de um ato jurídico administrativo não configuram essas espécies, segundo Adílson Abreu Dallari.²⁹

As atividades assistenciais previstas nos artigos 10 a 27 da Lei de Execução Penal que expressem relação meramente instrumental e não envolvam qualquer tipo de coerção são delegáveis, por exemplo. A assistência material, disciplinada nos Artigos 12 e 13 da Lei nº 7.210/84, compreendida em funções de fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas, além de serviços de limpeza e lavanderia não apresenta quaisquer manifestações de coerção ou atividade decisória, podendo ser trespassada a fim de promover os direitos fundamentais já há muito não preservados em ambiente carcerário.

Já assistência à saúde e educação, compreendidas nos Artigos 14 e 17 a 21 da referida Lei, poderão ser caracterizadas como meramente administrativas caso não expressem relação direta com as condições da execução da pena. Por estarem estritamente relacionadas ao escopo ressocializador, podem caracterizar progressão de regime dos presos, por exemplo. No caso da assistência à saúde, um diagnóstico dado que embasa a progressão de regime contém carga decisória e não pode ser realizado por particulares, como o trabalho exercido por psiquiatras, à título exemplificativo. Por isto, como regra poderão ser delegadas, excluídas as exceções supramencionadas.

A despeito dos serviços de assistência jurídica aos reclusos, previstos nos Artigos 15 e 16, há na lei a imposição da prestação jurídica gratuita realizada pela Defensoria Pública, com a presença de agentes desse órgão dentro e fora dos estabelecimentos prisionais. Este conta como requisito à construção de estabelecimentos prisionais, os quais, em sua construção e manutenção, deverão prestar auxílio estrutural, pessoal e material à Defensoria Pública instalada dentro dos complexos prisionais.

Quanto aos Artigos 22 e 23 e 25 a 27, referentes à Assistência Social prestada dentro e fora do estabelecimento prisional, deve ser observado, novamente, o caráter de poder decisório incumbido nos atos prestados por estes dentro do estabelecimento. Tais atividades mantêm relação direta com a progressão de pena e com as aplicações de sanções aos apenados. Por meio de relatórios e diagnósticos enviados ao juízo responsável e

29 DALLARI, Adílson Abreu. Credenciamento. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. (Coord.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*: Direito Administrativo e Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 50.

ao diretor do estabelecimento, bem como as demais atribuições especificadas nos incisos I a VII do Artigo 23, essa assistência pode ter caráter sancionatório, não cabendo, em regra, sua delegação ao particular.

Já as funções desempenhadas pelo pessoal em um estabelecimento prisional distinguem-se de acordo com suas atividades específicas. A possibilidade de contratação privada contrapõe-se à necessidade de prestação de tais tarefas por servidores públicos.

Por esse motivo, entende-se que a contratação de pessoal que realize funções de direção e gerência não poderá ser delegada, sendo estes, necessariamente, servidores públicos. Isto, porque detém, em seus atos, carga decisória quanto às coerções aplicadas aos reclusos e representam prolongamento da função jurisdicional típica estatal.

Quanto ao pessoal especializado ou técnico e ao pessoal de instrução técnica, há que se observar a possibilidade de caráter decisório em suas atividades de acordo com o caso concreto. No entanto, em regra, poderão ser contratados particularmente. Já quanto ao pessoal de vigilância, é vedada a possibilidade de delegação de sua contratação, visto à pujante manifestação típica de função de coerção estatal.

No entanto, no que tange à indelegabilidade absoluta de tarefas relacionadas à segurança dos estabelecimentos prisionais, existe o entendimento de que atividades que compreendem a segurança e monitoramento interno apresentam alguns pontos de conexão com o exercício de coerção pelo Estado, havendo, portanto, ofícios que não exprimem, diretamente, a coerção estatal.³⁰ A estas, é imprescindível que se analise, de maneira específica, como se realizam tais tarefas e como se ligam ao exercício punitivo.

Por isso, em relação à segurança interna, existem atividades que não geram dúvidas quanto à possibilidade de delegação, como o fornecimento de materiais e equipamentos, visto à maior efetividade dos particulares em buscar novos aparatos tecnológicos que possam garantir melhores condições de controle dos presos.³¹

Entretanto, tais possibilidades devem ser objeto de ampla programação prévia pela Administração, com indicação precisa dos equipamentos a serem utilizados, os locais onde serão instalados e seus respectivos modos de funcionamento. Nesse caso, a instalação por particulares, também, parece possível, pois não há autonomia auferida, de acordo com critérios fixados pela Administração. No entanto, curial frisar que quaisquer inovações devem passar pelo crivo da Administração, responsável em analisar se é possível atribuir ao particular o controle de tal tarefa. Ainda, de acordo com a Aline Lícia Klein,

Parece-nos que a delegabilidade dessas atividades dependerá da avaliação do grau de programação prévia que se sujeitam e da margem de autonomia conferida ao particular na sua operação. Reputamos ser possível a atribuição de algumas dessas atividades a particulares desde que todos os aspectos e critérios de seu exercício sejam previamente determinados pela Administração, de modo objetivo, e não envolvam o exercício de coerção.³²

Destarte, no âmbito de atividades de apoio tecnológico ao controle da vigilância e segurança em estabelecimentos prisionais, desde que conforme regulamentação por parte da Administração, é possível ao parceiro privado o provimento de serviços dessa natureza. Para Vernalha Guimarães, “não há, na hipótese, qualquer vício legal ou constitucional invocável com fundamento na “quebra de um equilíbrio imanente entre privados” ou mesmo pelo risco do exercício ilegítimo da coação entre um particular em face de outro.”³³

30 KLEIN, Aline Lícia. A utilização de Parcerias Público-Privadas para a gestão de Estabelecimentos Prisionais. In: JUSTEN FILHO, Marçal; WALLBACH SCHWIND, Rafael. (Coord.). *Parcerias Público- Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 698.

31 Relevante citar a evolução tecnológica trazida por tornozeleiras eletrônicas, já utilizadas no Brasil e desenvolvidas por empresas privadas, as quais, em parcerias com o Estado implantaram-se sistema para vigilância, sem que o particular retire da esfera do Estado seu poder coercitivo.

32 KLEIN, Aline Lícia. A utilização de Parcerias Público-Privadas para a gestão de Estabelecimentos Prisionais. In: JUSTEN FILHO, Marçal; WALLBACH SCHWIND, Rafael. (Coord.). *Parcerias Público- Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 699.

33 O autor, ainda, cita as inúmeras atividades que pressupõe o uso da violência a privados, sem a transferência do poder de polícia, regulamentadas em nosso ordenamento, como a Lei 7.012/1983, a qual dispõe sobre empresas privadas de vigilância. GUIMA-

Como último aspecto a considerar-se acerca da possibilidade de delegação, há ao trabalho realizado pelos presos dentro dos estabelecimentos prisionais. Essa forma de arranjo contratual corresponde à possibilidade de gestão mista de presídios, havendo a exploração do trabalho remunerado dos reclusos por particulares.³⁴

De acordo com o ordenamento jurídico constitucional brasileiro, a aplicação desse modelo apresenta óbices por tratar-se de disposição vedada pela Constituição Federal.³⁵ Desse modo, apenas os trabalhos voluntários poderiam ser considerados para tanto, o que faz decorrer dificuldade de sua aplicação prática como modelo a ser estruturado. Ademais, a possibilidade de uma equação financeira pautada exclusivamente pela exploração do trabalho facultativo dos presos não é discutível, pois se verifica arranjo com desequilíbrio em desfavor da Administração contratante, em razão da natural instabilidade da força do trabalho carcerário.³⁶

No entanto, não há vedação legal à hipótese (trabalho facultativo), estando, na própria Lei de Execução Penal, a possibilidade de o produto de remuneração contribuir à manutenção do preso em estabelecimento prisional. Além deste, segundo o parágrafo 2º do Artigo 34 da LEP, introduzido pela lei 10.792/03: “Os Governos Federal, Estadual e Municipal poderão celebrar convênio com a iniciativa privada, para implantação de oficinas de trabalho referentes a setores de apoio aos presídios”.

Além disso, nos Artigos 31 a 34 da LEP, há a possibilidade do trabalho interno realizado em favor de pessoa jurídica de direito privado em âmbito federal, em casos de fundações ou empresas públicas. Desse modo, apenas se constar de autorização supletiva, por tratar-se de matéria não afeta ao regramento geral federal, em vista à autonomia administrativa dos entes federativos, a utilização de tal forma de trabalho é juridicamente possível. Ao trabalho externo, admite-se, de acordo com o artigo 36, o trabalho apenas em serviços ou obras públicas, com, em ambos os casos, consentimento do preso.

Destarte, é possível a utilização do trabalho remunerado como fator de composição da remuneração ao prestador-gerador de serviços gerais no sistema de cogestão de presídios, como forma de receita acessória à contraprestação paga pelo Estado. No entanto, a hipótese deverá atender aos demais princípios da Lei de Execução Penal, inclusive e precipuamente no que tange ao caráter educativo do trabalho. Este deverá ser motivado como forma de promoção da ressocialização e combate ao ócio comumente observado em ambiente carcerário. Além disso, sua fiscalização deverá ser feita por meio de agentes públicos, seja no trabalho em favor de empresa particular ou pública.

Por fim, há que se frisar que, em se tratando de parcerias público-privadas com estabelecimentos prisionais como objeto, por versar-se de atividades exclusivamente estatais e sua aplicação prática, o arranjo contratual entre o parceiro público e o privado deverá ser elaborado com cláusulas específicas e regulamentadas de acordo com suas exatas possibilidades de delegação.³⁷ Por esse motivo, um dos principais objetivos a serem atingidos com a prévia programação dos critérios e procedimentos a serem observados na execução das atividades delegadas é assegurar a objetividade e impessoalidade na atuação dos particulares envolvidos.

RÃES, Fernando Vernalha. “As parcerias público-privadas e a transferência de atividades de suporte ao poder de polícia- em especial a questão dos contratos de gestão privada de serviços em estabelecimentos prisionais”. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

34 Essa possibilidade já constou, inclusive, de proposta de Edmundo Oliveira, Pós-Doutor (Ph.D.) em Direito Penal e Criminologia e consultor da Organização das Nações Unidas (ONU), em reunião ordinária do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, realizada no Ministério da Justiça, em Brasília, no dia 27.01.1992. “Proposta de regras para o programa de privatização no sistema penitenciário brasileiro”. OLIVEIRA, Edmundo. *O futuro alternativo das prisões*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 198.

35 Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLVII - não haverá penas: c) de trabalhos forçados.

36 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Parcerias Público-Privadas: Indelegabilidade no exercício da atividade administrativa de polícia e na atividade administrativa penitenciária*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 432.

37 Oportuno mencionar a existência do PL 513/2011, de autoria do Senador Vicentinho Alves, que estabelece normas gerais para a contratação de Parceria Público-Privada para a construção e administração de estabelecimentos penais visto a relevância pública da matéria, em trâmite no Senado Nacional.

A necessidade de objetividade na execução de atividades delegadas encontra-se, diretamente, vinculada ao princípio da impessoalidade. O risco de que elementos subjetivos influenciem o desempenho da atividade pública consiste em um dos óbices opostos ao exercício privado de atividades de polícia.³⁸

Assim, torna-se possível afastar grande parte das críticas que o modelo enfrenta. Os argumentos representativos da tese opositora à ideia se alternam (a) na impossibilidade de delegação de atividades envolvidas com coerção; (b) na imoralidade de se produzir juridicamente a submissão de um particular a outro; (c) na impossibilidade de se transferir atividades concretizadoras da função jurisdicional do Estado.

Não se contrapõe à proposta das PPPs o argumento da impossibilidade de delegação de atividades envolvidas com coerção. Conforme elucidado, atividades meramente acessórias (administrativas) não apresentam óbice constitucional quanto à sua delegação a particulares e não exprimem relação de coação, tampouco poder de polícia, tendo caráter, meramente, instrumental a execução da pena.

Quanto ao argumento da natureza ética que condena a manifestação de força de um indivíduo sobre o outro, não há, no modelo tratado, manifestação de força de indivíduo particular sobre outro, visto que todos os servidores do quadro que expressem qualquer função disciplinar devem ser servidores públicos. Isto porque estes representam alongamento do Estado, não havendo inconstitucionalidades em suas funções.

Além disso, quanto à referida imoralidade no caso, vale ressaltar que, no ordenamento pátrio, existem inúmeras atividades que pressupõem o uso da violência por privados, sem a transferência do poder de polícia. Cita-se a Lei nº 7.012/84, que dispôs, dentre outras matérias, sobre o funcionamento de empresas que exploram o serviço de vigilância e o processo expropriatório, sede em que, muito embora haja a reserva pela pessoa política da competência de editar o ato declaratório de utilidade pública ou interesse social, empresas concessionárias poderão desempenhar os atos decorrentes da desapropriação, conforme o Artigo 3º do Decreto-Lei nº 3.365/41. Além destes, a prisão em flagrante e o exercício da legítima defesa do interesse alheio também são exemplos.

No que diz respeito à impossibilidade de transferência de atividades concretizadoras da função jurisdicional, não parece que tal argumento tenha procedência. Como visto, a atividade de execução de pena caracteriza-se como complexa, não havendo apenas atividades jurisdicionais atreladas ao seu exercício. Ademais, as atividades de mero suporte material ao funcionamento de presídios não apresentam implicação com atribuições decisórias, não guardando relação direta com a atividade jurisdicional. Cita-se, nesse caso, a hipótese dos juízes, no âmbito de sua função jurisdicional, utilizarem-se de serviços técnicos prestados por peritos privados para a formulação de seu juízo de convicção, bem como as atividades desenvolvidas por estagiários e conciliadores.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como cediço, o sistema penitenciário vem enfrentando inúmeros problemas, especialmente devido à condição precária em termos materiais e estruturais dos diversos estabelecimentos prisionais no Brasil. Nesse contexto, as PPPs do tipo concessão administrativa configuram alternativa constitucionalmente admitida e legalmente adequada para a gestão prisional, desde que observados alguns limites à delegação de parcela das tarefas envolvidas na execução penal.

38 Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “Para execução desta atividade material, objetiva, precisa por excelência, e desde que retentora de dados para controle governamental dos interessados, nada importa que os equipamentos pertençam e sejam geridos por particulares, aos quais tenha sido delegada ou com os quais tenha sido meramente contratada. É que as constatações efetuadas por tal meio caracterizam-se pela impessoalidade (daí por que não interfere o tema do sujeito, da pessoa) e asseguram, além de exatidão, uma igualdade completa no tratamento dos administrados, o que não seria possível obter com o concurso da intervenção humana.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.856.

Dentre as tarefas envolvidas na execução penal, a assistência material prestada dentro do complexo prisional compreende funções como o fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas, além de serviços de limpeza e lavanderia. Por não apresentar quaisquer manifestações de coerção ou atividade decisória, inexistem no caso óbices constitucionais ou legais quanto à viabilidade de sua delegação à particulares. Já as atividades relacionadas com a saúde e educação também caracterizam-se como meramente administrativas nas hipóteses em que não expressem relação direta com as condições da execução da pena, devendo-se analisar à luz do caso concreto a possibilidade ou não de delegação ao parceiro privado.

De outro bordo, os serviços de suporte ao desempenho de competências estatais envolvidos na execução penal (função jurisdicional e de polícia) de igual modo podem ser prestados pelo particular, pois sua realização não implica interferência nas atribuições típicas do Estado. Esses serviços de suporte integram a chamada função administrativa, que atinge atividades classificadas como preparatórias ou sucessivas, também conhecidas como serviços instrumentais à expressão jurídica do poder de polícia e à função jurisdicional.

Por fim, o cerne da atividade jurisdicional e da atividade administrativa de polícia, bem como as demais atividades que compõem o núcleo da execução penal, tais como a assistência jurídica, a assistência social, a segurança, a contratação de pessoal e a organização do trabalho dos reclusos, em regra, não podem ser desempenhadas pelos parceiros privados, por exprimirem relação direta ou indireta com as atividades típicas estatais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Thiago Souza; SILVA, Silva; ROVER, Aires Jose. Gestão pública e parcerias público-privadas: teoria do estado e tecnologias de governança difusa para controle social. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 6, n. 3, 2016.

BRASIL. *Constituição Federal de 5 de Outubro de 1988*. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

BRASIL. *Decreto-Lei 200 de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

BRASIL. *Decreto-Lei 200 de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

BRASIL. *Decreto-Lei 3.365 de 21 de junho de 1941*. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

BRASIL. *Lei n.º 11.079 de 30 de dezembro de 2004*. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

BRASIL. *Lei n.º 12.313 de 19 de agosto de 2010*. Altera a Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para prever a assistência jurídica ao preso dentro do presídio e atribuir competências à Defensoria Pública. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

BRASIL. *Lei n.º 7.210 de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

BRASIL. *Lei n.º 9.582 de 19 de dezembro de 1997*. Autoriza o Poder Executivo a abrir ao Orçamento Fiscal da União, em favor de Encargos Financeiros da União - Recursos sob Supervisão do Ministério da Fazenda,

crédito especial até o limite de R\$40.023.300,00, para os fins que especifica. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

CORREA, Gustavo Freitas. CORSI, Lucas Cavanha. O primeiro complexo penitenciário de parceria público-privada no Brasil. *FGV Pesquisa*, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://gvpesquisa.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/conexao-local/o_primeiro_complexo_penitenciario_de_parceria_publico-privada_do_brasil.pdf>. Acesso em: 6 set. 2016.

DAL POZZO, Augusto Neves; JATENE, Pedro. Os Principais Atrativos das Parcerias Público-Privadas para o Desenvolvimento de Infraestrutura Pública e a Necessidade de Planejamento Adequado para sua Implementação. In: JUSTEN FILHO, Marçal; WALLBACH SCHWIND, Rafael. (Coord.). *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DALLARI, Adilson Abreu. Credenciamento. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. (Coord.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: Direito Administrativo e Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FERRAZ, Luciano. Parcerias público-privadas: sistemática legal e dinâmica de efetivação. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte — RPGMBH*, Belo Horizonte, n. 1, p. 211-217, 2008.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. “As parcerias público-privadas e a transferência de atividades de suporte ao poder de polícia- em especial a questão dos contratos de gestão privada de serviços em estabelecimentos prisionais”. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *PPP: Parceria Público-Privada*. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

KLEIN, Aline Lícia. A utilização de Parcerias Público-Privadas para a gestão de Estabelecimentos Prisionais. In: JUSTEN FILHO, Marçal; WALLBACH SCHWIND, Rafael. (Coord.). *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 12. ed. ver. ampl. atual de acordo com a Lei 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Forense, 2014.

NASCIMENTO NETO, José Osório do; REIS, Luciano Elias. O princípio da diferença da teoria da justiça de Rawls face às transferências voluntárias e à gestão associada de serviços públicos pela administração pública: análise indispensável para a distribuição justa de recursos públicos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 1, n. 1, 2011.

OLIVEIRA, Edmundo. *O futuro alternativo das prisões*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

OLIVEIRA, Fernão Justen de. *Parceria Público-Privada: Aspectos de Direito Público Econômico* (Lei n. 11.079/2004). Belo Horizonte: Fórum, 2007.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Parcerias Público-Privadas: Indelegabilidade no exercício da atividade administrativa de polícia e na atividade administrativa penitenciária. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o>>

da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisoneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/regras-minimas-para-o-tratamento-dos-reclusos.html>. Acesso em: 30 ago. 2016.

PAVARINI, Máximo; GIAMBERARDINO, André. *Teoria da Pena e Execução Penal: Uma Introdução Crítica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

REALE JUNIOR, Miguel. *Novos Rumos do Sistema Criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

ROSA, Antônio José Miguel Feu. *Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ROSENBERG, Luís Paulo. O enfoque multidisciplinar das Parcerias Público-Privadas. In: TALAMINI, Eduardo; SPEZIA JUSTEN, Monica (Coord.). *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SÁ, Alvino Augusto de. Arquitetura carcerária e tratamento penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 651. jan. 1990.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

TEIXEIRA, Marco Antônio de Rezende. Parcerias público-privadas: aspectos histórico-teóricos e experiências práticas. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte* — RPGMBH, Belo Horizonte, n. 1, 2008.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.